Comentarios Monográficos

EL DERECHO HUMANO DE LA MUJER A ABORTAR. UNA BREVE REFLEXIÓN

Serviliano Abache Carvajal*

Resumen: *Se estudia la posibilidad de concebir al aborto como un derecho humano de la mujer, en primer lugar, a partir del ordenamiento jurídico internacional, específicamente de los Tratados de Derechos Humanos que regulan derechos vinculados o conexos al aborto, y en segundo lugar, con base en las normas constitucionales que establecen el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y la autonomía de la voluntad.*

Palabras Clave: *Aborto, Derechos Humanos, Derechos Constitucionales*.

Abstract: *This essay focuses on the possibility of concieving abortion as a woman´s human right, in first place, from an international perspective, specifically human rights treaties that regulate abortion related rights, and in second place, analyzing the constitutional norms that establish the rights to a free development of personality and freedom of choice.*

Key words*: Abortion, Human Rights, Constitucional Rights*.

I. INTRODUCCIÓN

Son muchos los argumentos —a favor y en contra[1]— que han sido desarrollados en el marco de la llamada *batalla del aborto*[2], con base en razonamientos de distintas índoles, disciplinas y naturalezas (jurídicas, éticas, teológicas, médicas, etc.), que además han alcanzado niveles radicales en países como los Estados Unidos de Norteamérica[3], situación que, de entrada, en nada facilita el estudio del tema. No obstante lo anterior, es posible, desde un análisis estrictamente *jurídico* y, más puntualmente, a partir del Derecho internacional de los derechos humanos, plantear y sustentar positiva, jurisprudencial y doctrinariamente, argu-

* Universidad Central de Venezuela: Abogado mención Magna Cum Laude y profesor de postgrado. Universidad Católica Andrés Bello: Profesor de pre y postgrado. Universidad Metropolitana: Profesor de postgrado. Universidad Católica del Táchira: Profesor de postgrado.

1 Al respecto, *vid*. Sonia Sgambatti, *El aborto. Aspectos historiográficos, legales, éticos y científicos*, Ediciones de la Biblioteca-Universidad Central de Venezuela, tercera edición, Caracas, 1999, pp. 83 y ss.

2 *Cf*. José Luis Tamayo Rodríguez, *El aborto: su problemática. Razones jurídicas y fácticas que imponen su despenalización*, Editorial Tamher, C. A., Caracas, 2005, p. 17.

3 Al respecto, *vid*. Ronald Dworkin, *El dominio de la vida*, Ariel, S. A., Barcelona, 1998.

mentos a favor del *aborto libre o voluntario*[4] (también llamado *aborto inducido o interrupción voluntaria del embarazo*[5]), como pretendemos hacerlo en este brevísimo *paper*[6].

A tales fines, revisaremos el tema desde una doble perspectiva: (i) en primer lugar, a partir de los derechos expresamente consagrados en los distintos tratados de derechos humanos (TDH), que, en nuestra opinión, pueden considerarse, a través de una interpretación extensiva de conformidad con el principio *pro homine*[7], manifestaciones amplias e incluyentes del derecho de las mujeres a abortar, aun cuando el mismo sea un *derecho no enumerado*, teniendo en cuenta que ello no significa su negación por carencia de normativa propia[8]; y (ii) en segundo lugar, brindaremos un breve planteamiento desde la perspectiva constitucional del ordenamiento jurídico venezolano.

Vale desde ya advertir, que no entraremos a efectuar consideraciones sobre el tan polémico *momento de la concepción*[9], limitándonos por tal motivo a recordar, como es sabido, que *"*[e]*l Derecho nunca ha reconocido que el no nacido sea una persona en el pleno sentido de la palabra"*[10], lo que se evidencia, por ejemplo, del tratamiento que se ha dado al aborto en los distintos ordenamientos jurídicos que lo penalizan como un tipo delictual *disímil* al homicidio[11].

---

4 Sobre esta tipología del aborto, *vid*. Andrés Gil Domínguez, *Aborto voluntario, vida humana y Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

5 Información tomada de http://es.wikipedia.org/wiki/Aborto_inducido, 19 de abril de 2011.

6 Más allá de centrarnos en los argumentos *a favor* de los distintos tipos de aborto, a saber: (i) terapéutico; (ii) ético o por violación; (iii) eugenésico o por taras físicas o psíquicas; (iv) incestuoso; (v) profano o practicado por quien no fuera médico; (vi) por necesidad social o pobreza; entre otros.

7 *Cf*. Mónica Pinto, "El principio *pro homine*, Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2004, p. 163.

8 *Cf*. Germán J. Bidart Campos, "Los derechos "no enumerados" en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional", *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, p. 106.

9 No es éste el lugar para disertar sobre las tesis que se han desarrollado en torno al momento de la concepción del ser humano; nuestra reflexión consiste en presentar una breve identificación de algunas de las normas generales del Derecho internacional de los derechos humanos, así como del texto constitucional venezolano, que consideramos vinculadas al —y reguladoras del— derecho a abortar de la mujer. Para un estudio sobre el momento de la concepción, *vid*. María Candelaria Domínguez Guillén, "El cálculo de la concepción", *Revista de Derecho*, Nº 24, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2007, pp. 63-95.

10 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, 410 US 113/1973, de 22 de enero, caso *Roe v. Wade*, consultada en Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición, Madrid, 2006, p. 438. Sobre esta sentencia, *vid*. Richard H. Fallon, Jr. *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 144-147.

11 A esto se ha referido Angulo Fontiveros, como la *distinta intensidad de la protección de la vida durante el curso vital*. *Cf.* Alejandro Angulo Fontiveros, "Entre una vida y otra", *El Mundo*, edición de 27 de enero de 2004, Caracas, p. 4, consultado en José Luis Tamayo Rodríguez, *op. cit*., pp. 30 y 31.

II. EL DERECHO HUMANO DE LA MUJER A ABORTAR, COMO MANIFESTACIÓN DE LOS DERECHOS A LA VIDA (DIGNA), VIDA PRIVADA, INTEGRIDAD PERSONAL (Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD), A NO SER SOMETIDO A TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES, GENERAL A LA SALUD Y PARTICULAR A LA SALUD REPRODUCTIVA DE LA MUJER, Y A LA PROTECCIÓN FAMILIAR, ESTABLECIDOS EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

1. *Derecho a la vida (digna)*

El *derecho a la vida*, cuya regulación es bastante amplia en la mayoría de los TDH[12], tiene una particular consagración en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que a tenor literal indica que el mismo *"*[…] *estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción"* (subrayado añadido). A nuestro entender, tal protección "en general" brindada por la Convención a la vida del *nasciturus* desde la concepción y durante el embarazo, constituye un reconocimiento tácito, a título de "excepción", del aborto, esto es, se otorga *fundamento positivo internacional* al derecho de la mujer a abortar.

Por otro lado, una de las notas características del derecho a la vida, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos[13], es que dicha vida tenga una *existencia digna*[14], elemento que no podría predicarse en relación a la vida de una mujer que esté legalmente imposibilitada de abortar, viéndose obligada a dar a luz a un niño *no deseado*, máxime si se trata, por ejemplo, de uno concebido de una violación[15]. En igual medida, cabría preguntarse, ¿si sería verdaderamente digna la vida de un niño producto de un acto tan deplorable como lo es la violación? Aunque suene paradójico, es precisamente en *garantía* del derecho a la vida, que debe concebirse el derecho a abortar como una *manifestación concreta* del derecho a la *vida digna*.

---

[12] *Vid*., a guisa de ejemplo, su positivización en los artículos 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP): "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. //Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente"; 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH): "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; y I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH): "Todo ser humano tiene derechos a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona".

[13] *Vid*. Sentencia sobre el fondo en el caso de los "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales y Otros) v. Guatemala*, de 19 de noviembre de 1999, párrafo 144, consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos /articulos/Seriec_63_esp.doc, 19 de abril de 2011.

[14] Tomando en cuenta que, como es sabido, los derechos humanos son inherentes a la persona y se derivan —precisamente— de la "dignidad humana". *Cf*. Jesús María Casal H., *Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, Universidad Católica Andrés Bello, segunda edición, Caracas, 2009, p. 16.

[15] Que no sería otra cosa más que el *vivo recuerdo* de tan repugnante y humillante acto, por el cual tienen lugar con posterioridad *infanticidios* o, como también ocurre, y con fines de evitar dar a luz a un niño concebido en esas circunstancias, recurrir a la peligrosísima práctica de un *aborto clandestino*, evidenciando la patente *irracionalidad pragmática* que aqueja la penalización del aborto. Ambas situaciones —sencillamente— lamentables. Sobre la irracionalidad pragmática y demás niveles de irracionalidad de la ley, *vid*. Manuel Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, Editorial Civitas, S. A., primera edición, Madrid, 1997.

En razón de lo anterior, consideramos que, tanto la *excepción* prevista en la CADH sobre la "protección" a la vida, como la *regla* sobre la garantía del derecho a la vida "digna", constituyen manifestaciones directas del derecho humano de las mujeres a abortar.

2. *Derecho a la vida privada*

En lo que respecta al *derecho a la vida privada* y a la consecuente *prohibición de injerencias arbitrarias y ataques abusivos* a la misma[16], no es más que simplemente lógico encuadrar una decisión de tal envergadura como lo es la de engendrar o no hijos, tenerlos o no, procrear o abortar, como algo estrictamente privado e íntimo, fuera del alcance de no sólo injerencias "arbitrarias", sino -prácticamente- de *cualquier* tipo de injerencia[17].

En efecto, las decisiones alrededor de la *autonomía procreativa o reproductiva* de las mujeres, forman parte, sin lugar a dudas, del derecho a la vida privada, de lo que se infiere que al ser el aborto una posible faceta integrante de la decisión de engendrar o no un hijo, el mismo se encuentra, bajo esa óptica, amparado por las normas indicadas de los TDH que expresamente consagran el derecho humano a la *vida privada o íntima*[18].

3. *Derecho a la integridad personal (y al libre desarrollo de la personalidad)*

Como es sabido, el *derecho a la integridad personal*[19] comprende sus modalidades física, psíquica y moral. Todas estas formas de integridad están íntimamente vinculadas con el derecho a abortar, toda vez que, en caso de que una mujer sea obligada a dar a luz a un niño que no desea: (i) significaría que no tendría *dominio sobre su cuerpo*[20], violándose así el derecho individual de la mujer sobre su propio ser, esto es, su *derecho a la integridad corporal o física*; y (ii) es sabido que para muchas mujeres el hecho de tener hijos no deseados es equivalente a la destrucción de sus propias vidas[21] -que posiblemente apenas comienzan- y,

---

16 Regulado, entre otros, en los artículos 17 del PIDCyP: "1. Nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. //2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques"; 11 de la CADH: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. //2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.// 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques"; 12 de la DUDH: "Nadie podrá ser objeto de injerencias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques"; y *V* de la DADDH: "Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar".

17 Importantes consideraciones sobre el "derecho a la vida privada o a la privacidad", pueden consultarse en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, 381 US 479/1965, de 7 de junio, caso *Griswold v. Connecticut*, consultada en Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *op. cit.*, pp. 349-355.

18 Sobre el *derecho humano a la intimidad*, *vid*. Marcela I. Basterra, "Derechos humanos y justicia constitucional. Intimidad y autonomía personal", *Los derechos humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pp. 57-95.

19 Regulado, entre otros, en los artículos 5.1 de la CADH: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"; y I de la DADDH: "Todo ser humano tiene derechos a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona".

20 *Cf*. José Luis Tamayo Rodríguez, *op. cit.*, p. 58.

21 *Cf. Idem*.

así, de su *integridad moral*, bien porque tal situación las privaría de trabajar, estudiar o, sencillamente, de desenvolver o *desarrollar libremente su personalidad*[22] (que comprende el derecho a no tener hijos cuando *no se deseen*), o porque las afectaría en su *integridad psíquica* por razón de la angustia que les generaría tener un hijo no deseado, con mayor razón si es producto de una violación, incesto o tiene taras físicas o psíquicas.

Ante las situaciones planteadas, resulta palpable que, como corolario del derecho humano a la integridad física, psíquica y moral, así como del derecho al libre desarrollo de la personalidad, las mujeres tienen el derecho humano a abortar como una manifestación de sus *derechos reproductivos*[23], lo que a la postre materializaría de manera efectiva los anteriores derechos en el marco de la *autonomía procreativa* de la mujer y de la *elección a la maternidad*[24].

4. *Derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes*

El derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a no ser sometido a torturas, aparte de ser un derecho humano de expresa regulación[25], constituye una manifestación del derecho a la integridad personal, recién comentado, en tanto que su efectiva garantía está dirigida -precisamente- a salvaguardar la integridad *física, psíquica y moral* de la persona, que por palmarias razones no sería protegido ante la práctica de un inhumano *aborto clandestino*.

Ésta ha sido la posición asumida por significativas Organizaciones No Gubernamentales, como Amnistía Internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derecho Humanos de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud, que asocian el tema del aborto a la violación del derecho de las mujeres a no ser sometidas a tratos crueles, inhumanos o degradantes, esto es, con la prohibición general de la tortura[26].

---

[22] Derecho humano regulado, entre otros, en el artículo 22 de la DUDH: "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad".

[23] Al respecto, *vid*., el "Informe de la relatoría especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias" (preparado sobre el trabajo de Radhika Coomaraswamy, "Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer, y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen"), *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1-Número 0, Centro de Estudios Legales y Sociales-Ad Hoc-Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2001, pp. 343 y ss.

[24] Información tomada de http://es.wikipedia.org/wiki/Aborto_inducido, 19 de abril de 2011.

[25] Entre otros, en los artículos 7 del PIDCyP: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos"; 5.2 de la CADH: "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"; y 5 de la DUDH: "Nadie será sometido a las torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"; así como en tratados especiales sobre la materia, a saber: (i) la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CTOTPCID) y (ii) la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST).

[26] Información tomada de http://es.wikipedia.org/wiki/Aborto_inducido, 19 de abril de 2011.

5. *Derecho general a la salud*[27] *y particular a la salud reproductiva de la mujer*

La concepción del derecho a abortar, como una manifestación del *derecho a la salud*[28] y del *derecho a la salud reproductiva de la mujer*[29] (comprensivo del derecho a la sexualidad y a la autonomía sexual[30]), está, por un lado, íntimamente ligado al derecho a la *integridad* (física y psicológica) comentado y, por el otro, está enmarcado dentro de la asistencia médica en general[31], así como dentro de la asistencia médica a las mujeres en *estado de gravidez* en particular[32].

En efecto, siguiendo los lineamientos del artículo 12 del PIDESyC "[l]os estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", en razón de lo cual, y para poder hacer efectivo el más alto nivel de salud -en términos muy similares al artículo 10.1 del Protocolo de San Salvador[33]-, resulta necesario garantizar el derecho a abortar, como una articulación de la salud reproductiva de la mujer, comprensiva de la "[l]a capacidad de disfrutar una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad de decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué

---

27 Para un estudio crítico sobre su categorización jurídica como *derecho subjetivo*, *vid*. Tomás A. Arias Castillo, "La sentencia Nº 1002/2004 y el derecho a la salud en Venezuela", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Nº 128, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2007, pp. 123-155; y para un análisis sobre su situación en Venezuela, *vid*. Jesús Ollarves Irazábal, "La vigencia del derecho a la salud", *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan Brewer-Carías*, tomo III, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela-Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2003, pp. 2867-2887.

28 Regulado, entre otros, en los artículos 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESyC): "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"; 10.1 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESyC (Protocolo de San Salvador): "Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social"; y XI de la DADDH: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

29 Regulado, entre otros, en los artículos 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDM): "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia"; y VII de la DADDH: "Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales".

30 *Cf*. "Informe de la relatoría especial…" *cit*., pp. 344 y 345.

31 Artículo XI de la DADDH: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

32 Artículo VII de la DADDH: "Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales".

33 Artículo 10.1 del Protocolo de San Salvador: "Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social".

frecuencia"[34], habida cuenta de las señaladas consecuencias negativas que sobre la integridad física, moral y psicológica de las mujeres pueden tener su impedimento[35]. En tal sentido, es necesario tener presente que "[e]n los países donde el aborto es ilegal o donde no se puede disponer de abortos en condiciones de seguridad las mujeres sufren graves consecuencias para la salud, e incluso la muerte"[36].

6. *Derecho a la protección familiar*

Finalmente, también en garantía del *derecho humano a la protección familiar*[37], es de suyo importante reconocer el derecho a abortar de la mujer, en la medida que sólo a través de

---

[34] Definición de la *salud reproductiva* reconocida en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo en 1994, referida en el "Informe de la relatoría especial…" *cit*., p. 344.

[35] En este mismo sentido, un reciente e importantísimo pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): *"En la audiencia sobre los Derechos Reproductivos de las Mujeres, la CIDH recibió información de parte de organizaciones de 12 países de la región acerca de los graves obstáculos que enfrentan las mujeres a través de las Américas en el ejercicio efectivo y pleno de sus derechos reproductivos. Por una parte, se recibió información sobre una interpretación restringida del derecho a la salud excluyente de los derechos reproductivos en el marco de las políticas públicas de los Estados. Por otra parte, las organizaciones informaron a la CIDH sobre las consecuencias e impacto de leyes restrictivas sobre la interrupción legal del embarazo, incluyendo la práctica de abortos en condiciones inseguras y la morbi-morbilidad materna; problemáticas que afectan de manera especial a las niñas y mujeres jóvenes pobres, de bajo nivel educativo, y que habitan en zonas rurales. Las organizaciones asimismo presentaron información sobre casos individuales de mujeres que al acudir a servicios de salud para recibir servicios obstétricos por partos prematuros, fueron denunciadas por el delito de aborto u homicidio por parentesco y condenadas a prisión. Al respecto, la CIDH reitera que la salud reproductiva de las mujeres debe ocupar un lugar prioritario en las iniciativas legislativas y los programas de salud nacional y local en las esferas de prevención y protección. Esto conlleva el deber de analizar de forma pormenorizada todas las leyes, normas, prácticas, y políticas públicas que en su texto o en la práctica puedan tener un impacto discriminatorio en las mujeres en su acceso a servicios de salud reproductiva, y prevenir las consecuencias negativas que estas medidas pudieran tener en el ejercicio de sus derechos humanos en general. Los Estados están igualmente obligados a eliminar todas las barreras de derecho y de hecho que impiden a las mujeres su acceso a servicios de salud materna que ellas necesitan como la sanción penal al acudir a estos servicios. La CIDH asimismo recuerda a los Estados que el aborto terapéutico es reconocido internacionalmente como un servicio de salud especializado y necesario para las mujeres cuya finalidad es salvar la vida de la madre cuando ésta se encuentra en peligro a consecuencia de un embarazo; servicio cuya negación atenta contra la vida, la integridad física y psicológica de las mujeres". Vid*. Anexo al Comunicado de Prensa 28/11, sobre el 141º Período Ordinario de Sesiones de la CIDH, consultado en http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2011/28A-11sp.htm, 19 de abril de 2011.

[36] "Informe de la relatoría especial…" *cit*., p. 362.

[37] Regulado, entre otros, en los artículos 23.1 del PIDCyP: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"; 10.1 del PIDESyC: "Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges"; 17.1 de la CADH: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado"; 15.1 del Protocolo de San Salvador: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material"; 16.3 de la DUDH: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"; y VI de la DADDH: "Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella".

su ejercicio podrán las familias -como núcleo natural y fundamental de la sociedad-, formarse atendiendo al deseo de las parejas y procrear con fundamento en la *elección y decisión* de las madres que las integran, y no, por razones ajenas a su *voluntad* o, llanamente, opuestas a sus más íntimos deseos y expectativas.

III. EL DERECHO HUMANO DE LA MUJER A ABORTAR, COMO MANIFESTACIÓN DE LOS VALORES SUPERIORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO QUE REPRESENTAN EL DERECHO CONSTITUCIONAL AL LIBRE DESENVOLVIMIENTO DE LA PERSONALIDAD Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El derecho a abortar encuentra su materialización *efectiva* en el ordenamiento interno venezolano -además de en los derechos comentados en el particular anterior, todos también de rango constitucional[38]-, en el legítimo ejercicio, e imperativo *iusprivatista*, de la *autonomía de la voluntad* y de la *libertad jurídica de acción*[39] de la mujer, quien es su *titular*[40], esto es, en la *toma y ejecución libre* de las decisiones que adopte, máxime cuando se trata de una elección tan personal e íntima dirigida por la *libertad de consciencia*[41] de la mujer: *ejercer opciones procreativas o reproductivas.*

En efecto, es por virtud de la autonomía privada (o *señorío de la voluntad*, como también se le decía[42]) que tienen los particulares, cuyo fundamento en la Constitución[43] se encuentra en la *libertad general*[44] y *libre desenvolvimiento de la personalidad*[45] de toda "perso-

---

[38] Regulados, entre otros, en los artículos constitucionales 2 y 43 (derecho a la vida), 3 (derecho a la vida digna), 60 (derecho a la vida privada o a la intimidad), 46 (derecho a la integridad personal), 20 (derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad), 46.1 (derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a no ser sometido a torturas), 83 (derecho general a la salud), 76 (derecho particular a la salud reproductiva de la mujer) y 75 (derecho a la protección familiar).

[39] "[L]*ibertad de elegir entre alternativas de acción".* Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 340 y 341.

[40] Toda vez que *"*[e]*n la noble empresa de procrear, en la pareja es sólo la mujer quien arriesga su salud y hasta su vida y de allí emana su derecho a controlar su propia reproducción".* Cf., la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia, coordinado por Alejandro Angulo Fontiveros, consultada en Ludwig Schmidt H., "Postura desde el Derecho sobre la despenalización del aborto y la muerte piadosa en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal venezolano", *Revista de Derecho*, Nº 17, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2007, p. 321.

[41] Teniéndose presente que la libertad de conciencia está vinculada con la toma de decisión de la mujer, en el marco de su autodeterminación moral y dignidad como persona. Al respecto, cf. Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 157. En general, sobre el problema del aborto, *vid*. pp. 160-165.

[42] *Cf*. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 28.

[43] Publicada inicialmente en *Gaceta Oficial* Nº 36.860, 30 de diciembre de 1999 y reimpresa posteriormente con algunas correcciones en *Gaceta Oficial* Nº 5.453 Extraordinario, 24 de marzo de 2000. Su primera enmienda, así como el texto íntegro de la Constitución, fueron publicados en *Gaceta Oficial* Nº 5.908 Extraordinario, 19 de febrero de 2009.

[44] Que es uno de los derechos naturales más antiguos y *"*[s]*e obtiene de un principio general, implícito en otras normas o explícito, por el que todo lo que no está prohibido está permitido".* Mauro Barberis, *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 21.

[45] Derecho que ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional Federal alemán, desde sus primeras y más relevantes sentencias, como un derecho general a la libertad de acción y, más concreta-

na"[46], ambos integrantes de los *valores superiores del ordenamiento jurídico*[47] —al igual que el "derecho a la vida"[48]—, que las mujeres pueden ejercer dentro de los atributos inmersos en la *libertad negativa de acción*[49], el derecho de *engendrar o no hijos*, así como el *derecho a abortar o de no convertirse en madre*[50], en la medida que son *dos caras de una misma moneda* y representan, en definitiva, manifestaciones concretas del *derecho de decidir* conforme a sus creencias, ideas y valores. Teniendo en cuenta, entonces, que la autonomía de la voluntad halla su fundamento constitucional en el señalado *derecho-valor libertad*, no cabe mayor discusión sobre que, como corolario de la misma, la autonomía privada (en este caso, la *autonomía procreativa*) es también uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, razón por la cual, el ordenamiento -en su conjunto- debe interpretarse conforme a dicha autonomía que habilita a las personas a conducir *sus* vidas con arreglo a *sus propias y libres decisiones*.

No debe olvidarse que si bien los derechos orientados a la libertad encuentran ciertos límites *extrínsecos*, los mismos, para poder garantizar el apuntado señorío de la voluntad de los particulares, son *intrínsecamente ilimitados*[51], por lo que se ha considerado[52], que la ausencia de *impedimentos, limitaciones y resistencias* son el núcleo mismo del concepto de la libertad.

---

mente, como una *"*[l]*ibertad de la acción humana en el más amplio sentido"* [Cf. Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 331-333], concepción que abarcaría, sin lugar a dudas, al derecho humano a abortar de la mujer, toda vez que dicha libertad de acción consiste en *"*[l]*a libertad de hacer y omitir lo que uno quiera.* […] *Por una parte, a cada cual le está permitido prima facie -es decir, en caso de que no intervengan restricciones- hacer y omitir lo que quiera (norma permisiva). Por otra, cada cual tiene prima facie, es decir, en la medida que no intervengan restricciones, un derecho frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones, es decir, no intervenga en ellas (norma de derechos)". Ibid.*, p. 333.

46 Artículo 20 de la Constitución: "Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social".

47 Artículo 2 de la Constitución: "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político".

48 Siendo forzoso recordar que, si bien el derecho a la vida del *nasciturus* es objeto de protección constitucional -aun cuando no es persona-, *ex* artículos 2 y 76 de la Norma Fundamental, entre otros, no es menos cierto que, ante un necesario *juicio de ponderación* entre la vida de la madre y la del feto, para determinar cuál constituye el valor de mayor entidad tutelado por la Constitución, deberá decidirse a favor de la vida de la mujer, quien en efecto *es persona* y, como tal, titular -indiscutida- de derechos humanos (no sólo de derechos constitucionales), a diferencia del no nacido.

49 Sobre la conocida diferencia en las concepciones de la libertad *positiva* (acometer conductas razonables) y la libertad *negativa* (hacer o *dejar de hacer* lo que se quiera, negándose intervenciones externas del Estado u otras personas), *vid.* Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 248 y 249.

50 Que es caracterizado por Ferrajoli como *"*[e]*l derecho de autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto)"* y que corresponde exclusivamente a las mujeres *"*[p]*or la simple razón de que la gestación y el parto no pertenecen a la identidad masculina sino sólo a la femenina".* Luigi Ferrajoli, *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, quinta edición, Madrid, 2006, pp. 84-86.

51 *Cf.* Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 87.

52 *Cf.* Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 211 y 212.

Aunado a lo anterior, también la Constitución norma el derecho que tienen las *parejas* (ya no sólo la mujer), de decidir el número de hijos que deseen tener[53], por un lado, y por el otro, la protección "en general" brindada al embarazo, ambos *ex* artículo 76 de la Constitución[54], reconociéndose por vía de "excepción" el aborto y, con ello, otorgándosele *fundamento constitucional* al derecho de la mujer a abortar[55], máxime si se toma en cuenta que el mismo mandato normativo articula de manera expresa, el señalado valor superior del ordenamiento jurídico de la autonomía privada, en relación a la *elección procreativa o reproductiva*.

Lo anterior es difícilmente discutible: si la libertad de decisión y elección es una manifestación *concreta* del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad[56], como *valor superior del ordenamiento* en el que ubica su fundamento constitucional la autonomía de la voluntad de las personas y, con ella, la "autonomía procreativa y reproductiva" de las mujeres, entonces en el ejercicio de tal *libertad negativa* la mujer tiene el derecho constitucional de elegir entre abortar o no hacerlo, siendo una *persona autónoma que se determina a sí misma*[57]. Considerar lo contrario, equivaldría a admitir el patente cercenamiento del valor superior "libertad individual" del ordenamiento jurídico venezolano y del derecho de toda mujer de *autodeterminarse* y *desarrollar libremente su personalidad*, en ejercicio de las jerárquicamente superiores *autonomía privada* y *libertad de acción -i. e. procreativa y reproductiva-*, de lo que se desprende que las apuntadas "autonomía de voluntad" y "libertad de acción" son concebibles como el "núcleo" mismo de la solución de la *batalla del aborto* y, más puntualmente, del derecho a abortar como integrante de la esfera de los *derechos humanos* de la mujer.

---

53 Este "derecho de la pareja" amerita una precisión, en los términos apuntados por Ferrajoli: *"Allí donde la decisión de traer o no al mundo a través de un cuerpo femenino estuviera subordinada también al acuerdo con los potenciales padres, la decisión de éstos sería sobre el cuerpo de otra persona y equivaldría, pues, al ejercicio de un poder del hombre sobre la mujer que violaría al mismo tiempo la libertad de las mujeres y el igual valor de las personas".* Luigi Ferrajoli, *Derecho y garantías... cit.*, p. 86.

54 Artículo 76 de la Constitución: "La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos".

55 Así también lo ha entendido Schmidt: *"En mi opinión, la propia Constitución venezolana da pie a un artículo semejante al permitir el aborto. En efecto, la parte final del Artículo 76 de la norma fundamental expresa que el Estado* […]. *El citado artículo impone la obligación al Estado de proteger el embarazo, en general, desde el momento de la concepción. Por lo tanto, de forma excepcional puede no protegerlo. Se le da así rango "constitucional" al aborto".* (Corchetes míos). Ludwig Schmidt H., *op. cit*., p. 333.

56 Dirigido, entre otras cosas, a enaltecer la *calidad de vida* de las personas.

57 *"En efecto, el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo le pertenece de manera exclusiva porque en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia sometiéndola al control penal".* Luigi Ferrajoli, *Derecho y garantías… cit.*, pp. 85 y 86.

IV. CONCLUSIÓN

Sin llegar a considerar que el derecho a abortar de la mujer es *ilimitado* o *absoluto*[58], en tanto debe someterse a ciertas condiciones mínimas, en nuestra opinión las mujeres tienen —en un *sentido estricto*[59]—, conforme a las disposiciones analizadas de los TDH en cuestión, así como del ordenamiento constitucional venezolano, *el derecho humano a abortar*.

---

58 Esta importante consideración fue desarrollada en la citada y famosa sentencia del caso *Roe v. Wade*. *Vid*. Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *op. cit.*, p. 436.

59 *"En sentido amplio, los derechos humanos son* derechos inherentes a la persona que se derivan de la dignidad humana y resultan fundamentales en un determinado estadio de evolución de la humanidad, por lo que reclaman una protección jurídica. *En cambio, en su sentido más estricto, los derechos humanos son* esos mismos derechos pero en la medida en que son reconocidos y protegidos en el ámbito internacional*"*. Jesús María Casal H., *op. cit.*, p. 16.